Die Uebertragung von Forderungen zum Zwecke ihres Einzugs

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau
vorgelegt von

Werner Lachotzki
Referendar in Stettin

1928

Spezial - Druckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen K.-G., Ohlau in Schlesien

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und ſtaatswiſſenſchaftlichen Fakultät
der Univerſität Breslau

Berichterſtatter: Profeſſor Dr. Bruck

R. UNIV
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner Mutter in Dankbarkeit!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548203_0022

Gliederung.

Literaturverzeichnis.

Berolzheimer, Die fiduziariſche Zeſſion. Diſſ. Erlangen 1908.

Das Bürgerliche Geſetzbuch mit beſonderer Berückſichtigung der Rechtſprechung des Reichsgerichts I. Bd., 6. Aufl., 1928.

Coſack, Lehrbuch des deutſchen bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., I. Bd., 1922.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutſchen Reichs und Preußens, 4. Aufl., II. Bd., 1. Abt., 1909.

Dernburg, Pandekten, Bd. I u. II, 1892—95.

Dreyer, Das fiduziariſche Rechtsgeſchäft in Gruchots Beitr., Bd. 40, S. 233 ff u. S. 449 ff.

Dungs, Ueber die Rechtsſtellung des Gläubigers für fremde Rechnung in Gruchots Beitr., Bd. 32, S. 8 ff.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgeſetzbuch 1910.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 23. bis 27. Aufl., I. Bd., 2. Abt., 1927.

Entſcheidungen des Reichsgerichts in Zivilſachen.

Fitting, Das Reichskonkursrecht im Konkursverfahren, 3.Aufl., 1904.

v. Gierke, Deutſches Privatrecht, 3. Bd., 1927.

Goldmann-Lilienthal, Das bürgerl. Geſetzbuch, I. Bd., 2. Aufl., 1903.

Goltz, Das fiduziariſche Rechtsgeſchäft, Diſſ. Marburg 1901.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, I. Bd., 5. Aufl., 1916.

Kleinfeller, Lehrbuch des deutſchen Zivilprozeßrechts, 3. Aufl., 1925.

Kohler, Leitfaden des deutſchen Konkursrechts, 2. Aufl., 1903.

Kohler, Studien über Mentalreſervation und Simulation i. d. Jahrb. f. d. Dogmatik, Bd. 16, S. 147 ff.

Kuhlenbeck, Fiduziariſche Zeſſion in Seuff. Bl. f. Rechtsanwendung, Bd. 70, S. 337 ff.

Fiſchbach, Treuhänder und Treuhandgeſchäft, 1912.

v. Lang, Die Wirkungen der fiduziariſchen Geſchäfte im Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 83, S. 336 ff.

Lindemann-Soergel, Bürgerliches Geſetzbuch, 3. Aufl., 1926.

Mentzel, Kommentar zur Konkursordnung, 1926.

Motive zu einem Entwurfe des Bürgerlichen Geſetzbuchs, Bd. 1 u. Bd. 2, 1888.

Müller, Hat die Inkaſſozeſſion die Wirkung einer Forderungsübertragung? in Seuff. Bl. f. Rechtsanwendung, Bd. 72, S. 967.

Oertmann, Das bürgerliche Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, 3.—4. Aufl., 1910.
Plank, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2. Bd., 1. Hälfte 1914, 2. Hälfte 1925.
Regelberger, Zwei Beiträge zur Lehre von der Zession im Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 63, S. 157 ff.
Richter, Die fiduziarische Uebertragung des Prozeßführungsrechts im eigenen Namen in Gruch. Beitr., Bd. 60, S. 766 ff.
Schlegelmilch, Ueber das Wesen der fiduziarischen Rechtsgeschäfte. Diss. Jena 1904.
Schöny, Treuhandgeschäfte im Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 35, S. 291 ff.
Schoeninger, Forderungsabtretung zum Zwecke ihres Einzugs im Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 96, S. 163 ff.
Schmidt, Zum Streite über die Rechtsnatur der Rechtsgeschäfte zu Inkassozwecken in Gruch. Beitr., Bd. 57, S. 241 ff.
Schultze, Der Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht in Iherings Jahrb., Bd. 43, S. 1 ff.
Staub, Der 53. Bd. der Entsch. des Reichsgerichts in Zivilsachen in D.J.Z. 1903, S. 388 ff.
Staubs, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1. Bd., 9. Aufl., 1912, 3. Bd., 12.—13. Aufl., 1926.
Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., 2. Bd., 1. und 2. Teil, 5.—6. Aufl., 1910.
Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 12. Aufl., 1. Bd., 1925.
Sydow-Busch-Krantz, Zivilprozeßordnung, 19. Aufl., 1926.
Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., 1923.
Weinberger, in Iherings Jahrb. 1902, S. 401 ff.
Wendt, Die exceptio doli generalis im heutigen Recht im ziv. Archiv, Bd. 100, S. 1 ff.
Wienstein, Der Begriff der Inkassozession in D.J.Z. 1905, S. 833 bis 836.
Wienstein, Bemerkungen zum Begriffe des fiduziarischen Rechtsgeschäfts in Gruch. Beitr., Bd. 46, S. 241 ff.
Wienstein, Begriff und Fälle des abstrakten Rechtsgeschäfts im geltenden Recht in Gruch. Beitr., Bd. 48, S. 477 ff.
Wilutzky, Die Innen- und Außenseite des fiduziarischen Rechtsgeschäfts in D.J.Z. 1901, S. 20—21.
Wolff, Die Konkursordnung, 1921.

A.

Die Bedeutung der Abtretung zum Einzug im heutigen Wirtschaftsleben und ihre häufigsten Erscheinungsformen.

Im heutigen Wirtschaftsleben haben Personen und Firmen, die sich gewerbsmäßig mit dem Einzug oder der Einklagung fremder Forderungen befassen, eine erhebliche Bedeutung erlangt. Insbesondere haben die meisten Banken für diesen Zweck selbständig arbeitende Inkassoabteilungen eingerichtet. Diese Unternehmen erhalten entweder nur Vollmacht zur Einziehung der Forderung und werden dann in fremdem Namen tätig, häufiger jedoch werden sie durch Uebertragung eines Rechtes in den Stand gesetzt, im eigenen Namen die Forderung gegen den Schuldner geltend zu machen. Es sind die verschiedensten Gründe, die die Gläubiger veranlassen, ihre Forderung einem solchen Institut zur Einziehung zu übergeben.

Eine Inkassozession kann zunächst ohne die Absicht der Benachteiligung des Schuldners vorgenommen werden. Sie kann erfolgen, weil der Gläubiger selbst geschäftlich unerfahren oder durch andere Beschäftigung an der eigenen Beitreibung der Forderung gehindert ist. Häufig will der Forderungsinhaber aus gesellschaftlichen oder verwandtschaftlichen Rücksichten nicht als Kläger nach außen hin auftreten.

Die Zession kann aber auch den Zweck verfolgen, den Schuldner schlechter zu stellen. Der Gläubiger überträgt zum Beispiel seine Forderung an einen Dritten, um in dem kommenden Rechtsstreit als Zeuge vernommen werden zu können. Durch die Uebertragung der Forderung an einen Unbemittelten versuchen die Gläubiger zu erreichen, daß ihnen im Falle der Klagabweisung die Prozeßkosten erspart bleiben. Aehnlich liegt der Fall, wenn die Forderung abgetreten wird, um durch den Dritten im Armenrecht klagen zu können. Häufig übertragen Ausländer ihre Forderungen gegen einen Inländer an einen anderen Deutschen, um der Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung zu entgehen oder um die für Ausländer höheren Gerichtskosten zu sparen.

Die rechtliche Natur dieser Abtretungen zum Einzug und ihre Zulässigkeit in den angegebenen Fällen soll in folgendem geprüft werden.

B.

Die Inkassozession als nicht fiduziarisches Rechtsgebilde.

I, 1.

Die Parteien benennen bei diesen Einziehungsabtretungen ihre Vereinbarungen mit ihrem Rechtsausdruck, der gemäß § 398 BGB. einen Vertrag darstellt, durch den die Forderung von dem Gläubiger auf den mit dem Einzug beauftragten Dritten übertragen wird. Ein solcher Vertrag ist dinglicher Natur, denn er begründet nicht die Pflicht zu einer Leistung, sondern läßt eine bereits bestehende Forderung als Vermögensstück von dem bisherigen auf den neuen Gläubiger übergehen. Er ist außerdem abstrakt, denn er schafft einen Rechtserfolg, der dem Rechtsgrund gegenüber völlig unabhängig ist.[1]

Es ist zunächst zu untersuchen, ob die Parteien wirklich einen solchen Vertrag schließen wollen. Die Bezeichnung, die sie ihrer Abmachung mit dem Worte „Abtretung" geben, ist nämlich einer anderen rechtlichen Vertragsart keineswegs hinderlich. Die Parteien brauchen gar nicht *absichtlich* ihrem Wollen eine andere Bezeichnung geben. Sie können, da ihnen eine rechtlich treffende Ausdrucksweise nicht zuzumuten ist, nur eine falsche Benennung für ihr Uebereinkommen gewählt haben (vgl. RG. Bd. 66, S. 429). Dies würde nur einen Irrtum im Ausdruck bedeuten und der rechtlichen Wirksamkeit ihres Wollens keinen Abbruch tun.[2] Bei der Erforschung des Parteiwillens ist davon auszugehen, daß die Parteien gewöhnlich ihren Zweck mit möglichst geringen Mitteln zu erreichen suchen.

2.

Es ist daher zu prüfen, ob die Parteien ihr Ziel dadurch erreichen können, daß sie dem mit dem Einzug der Forderung Beauftragten die bloße Legitimation zur Einklagung der Forderung im eigenen Namen übertragen. In diesem Falle würde keine Abtretung vorliegen und das Gläubigerrecht dem ursprünglichen Forderungsinhaber verbleiben. Der Beauftragte würde nur in beschränktem Umfange das Verfügungsrecht über die Forderung erhalten. Er könnte somit das Recht zwar in eigenem Namen, aber doch nur ein fremdes ausüben. Im Grunde würde es sich hierbei — wie auch das Reichsgericht in einer Entscheidung im 91. Bd. S. 395 ausführt — nur um eine Ermächtigung handeln.

1) Motive, Bd. 2, S. 120.
2) Richter, S. 766; RGRK. § 119, Anm. 4, S. 157.

Die Parteien können nun mit einer solchen Ermächtigung nur dann ihr Ziel erreichen, wenn sie rechtlich möglich ist und ihrer Zulassung auch in jedem besonderen Falle keine Bedenken entgegenstehen. Für die Zulässigkeit tritt vor allem Staub ein. Zunächst vertritt er seine Ansicht unter der Bezeichnung einer „Legitimationsübertragung“ im Aktienrecht.[3] Er gibt hier zu erkennen, daß er damit dieselbe Erscheinung meint, die er bei der Behandlung der Inkasso-Abtretung mit „Ermächtigung“ bezeichnet.[4] Von der Rechtsprechung und einem Teil der übrigen Literatur ist Staubs Auffassung anerkannt worden.[5] Teilweise hat sie auch Widerspruch gefunden, So erklärt Plank[6] eine solche Legitimation in jedem Falle für unzulässig. Er begründet dies damit, daß das materielle Recht nicht die Zulässigkeit der Abtretung einer einzelnen aus der Forderung abgespaltenen Befugnis ergebe. Ihm ist zunächst entgegenzuhalten, daß sich die rechtliche Möglichkeit schon aus der Folgerung „a majore ad minus“ ergibt, denn wenn das Forderungsrecht selbst übertragbar ist, so muß es erst recht die bloße Ausübung dieses Rechts sein. Sodann ergibt sich die Zulässigkeit daraus, daß das Gesetz nur bei unübertragbaren Rechten die Ueberlaßbarkeit ausdrücklich anordnet (z. B. in § 1059 BGB. für den Nießbrauch), sie also bei übertragbaren Rechten als selbstverständliche Regel ansieht.[7] Auch das Reichsgericht hat die Zulässigkeit einer solchen Ermächtigung anerkannt. In seiner Entscheidung im 78. Bande S. 90 gibt es zu, daß „es möglich ist, auch eine bloße an ein bestehendes Recht geknüpfte Befugnis mit der Wirkung abzutreten, daß der andere dadurch lediglich ermächtigt wird, die Rechtsbefugnis kraft fremdem Rechts im eigenen Namen geltend zu machen“. In der Entscheidung im 73. Bande S. 308 spricht das Reichsgericht noch deutlicher von der Zulässigkeit einer „Ermächtigung zur Geltendmachung eines Rechts des Ermächtigenden durch den Ermächtigten im eigenen Namen“. Man wird jedoch Plank Recht geben müssen, wenn er sich über die Zulassung einer solchen Ermächtigung beschwert, wenn sie nur gegeben wird, um den Ermächtigenden im Prozeß als Zeugen vorzuschieben[8] oder in anderer Weise die Stellung des Abtretenden zu verbessern. Auch in diesem Falle sehen nämlich die Anhänger Staubs in der Ermächtigung

3) Staub, § 222, Anm. 16 ff, S. 832.
4) Staub, § 368, Anm. 113 a. E. u. 116, s. auch Staub i. D.J.Z. 1903, S. 389.
5) Dernburg II, § 136, Abs. 4u., Anm. 12 u. 13, S. 832, Enneccerus § 303, S. 251.
6) Plank, § 398, Anm. 1 b ß, S. 551—53.
7) Schmidt, S. 243.
8) Plank, § 398, I, b, ß, S. 552 oben.

eine zulässige Rechtsform. Gegen ihre Anschauung wendet sich jetzt auch das Reichsgericht. Während nämlich früher die Rechtsprechung des Reichsgerichts eine solche Ermächtigung ohne Einschränkung für zulässig erachtet hat,[9] ist sie jetzt dazu übergegangen, die Ermächtigung nur noch dann zuzulassen, „wenn ein schutzwürdiges Interesse des Ermächtigten an der gerichtlichen Geltendmachung der Forderung im eigenen Namen besteht“.[10]

3.

Dieses Rechtsschutzinteresse ist dann gegeben, wenn der Ertrag einer Forderung, die an sich nicht abtretbar ist (s. §§ 399, 400 BGB.), einem anderen zugewendet werden soll. (RG. Bd. 73, S. 306.) Auch dann, wenn der Abtretende sich verpflichtet hat, die Forderung in eigenem Namen für Rechnung des Zessionars geltend zu machen.[11] Wird eine Forderung abgetreten, so bedingt sich hin und wieder der Zedent aus, daß der Zessionar die Forderung nur im Namen des Zedenten geltend machen darf. Auch diese Vereinbarung, die einer Legitimationsübertragung nahe kommt, ist rechtsgültig.[12]

Dagegen ist in den gewöhnlichen Fällen der Inkassozession, die oben geschildert worden sind, besonders dann, wenn sie in der Absicht einer Benachteiligung des Schuldners vorgenommen werden, eine bloße Einziehungsermächtigung als unzulässig anzusehen. So hat auch das Reichsgericht (im 91. Bd. S. 397) entschieden, daß das notwendige Rechtschutzinteresse dann nicht gegeben ist, wenn für den Gläubiger nur das Interesse vorherrscht, im Rechtsstreit nicht hervorzutreten

4.

Die Wirkungen der Legitimationsübertragung bestehen darin, daß der Ermächtigende die Handlungen des Dritten, die auf Geltendmachung der Forderung gehen, gegen sich so gelten lassen muß, als wenn er sie selbst vorgenommen hätte, (vgl. RG. Bd. 73, S. 309). Wird die Klage des Dritten abgewiesen, so ist das Urteil auch gegen den Gläubiger wirksam. Der Dritte wird im Zweifel auch ermächtigt sein, die Leistung an sich selbst zu fordern, da ja das den Rechtsstreit beendende Urteil im Rubrum seinen Namen trägt.

9) s. RG. 52, S. 216 ff; 53 S. 417; 73 S. 308; 78 S. 90.
10) s. RG., Bd. 91, S. 395.
11) s. RG. in J.W. 1916, S. 956.
12) L.Z. 1914, S. 381.

Nimmt der Dritte aber Handlungen vor, die nicht auf Einziehung der Forderung abzielen, so sind sie dem Gläubiger gegenüber im Zweifel unwirksam. Dies gilt auch von Vergleichen und umsomehr vom Erlaß der Forderung.[13]

II.

Die Inkassozession als fiduziarisches Rechtsgebilde.

Bei Inkassozessionen, bei denen das obengenannte Rechtsschutzinteresse fehlt, wird man die in diesem Falle ungültige Ermächtigung nicht ohne weiteres dem Willen der Parteien unterstellen können. Hier ist anzunehmen, daß der Vertragswille der Parteien dem von ihnen gebrauchten Rechtsausdruck gleicht. Eine solche wirkliche Abtretung birgt für den ursprünglichen Gläubiger entschieden mehr Gefahren in sich als die bloße Ueberlassung des Klagerechts. Die abstrakte, von ihrem Rechtsgrund unabhängige Abtretung läßt es zu, daß der Zessionar die ihm nur zur Führung der Klage oder zur Beitreibung der Forderung auf andere Art übertragene Gläubigerstellung über diesen Zweck hinaus gebraucht, und Verfügungen trifft, die dem Zedenten Nachteile bringen. Ein derartiges auf ein Vertrauensverhältnis besonderer Art gegründetes Rechtsgeschäft kann ein fiduziarisches genannt werden. Regelsberger, der von verschiedenen Schriftstellern[1] als Schöpfer des Begriffes des fiduziarischen Rechtsgeschäfts bezeichnet wird, umschreibt[2] das Wesen dieses Geschäfts in folgender Weise: „Charakteristisch ist für dasselbe das Mißverhältnis zwischen Mittel und Zweck. Zur Erreichung eines bestimmten Erfolges wird mehr gewährt, als zu dessen Erzielung erforderlich ist ... Der Fiduziar erhält eine rechtliche Macht, die er zu nicht beabsichtigten Zwecken mißbrauchen kann. Der Rechtsüberträger setzt in ihn das Vertrauen, daß er das nicht tun werde."

Mit dieser Definition stimmt die vorliegende Forderungsübertragung in ihren Merkmalen überein.

1, a)

Das Gesetz stellt nun für die fiduziarische Abtretung kein besonderes Mittel zur Verfügung, denn es kennt keine andere als die mit den Wirkungen des § 398 BGB. versehene Uebertragung von Forderungen. Es fragt sich, ob es trotzdem eine Möglichkeit gibt, die Wirkungen der Abtretung so abzuschwächen, daß für den

13) s. Staub, § 368, Anm. 116, S. 708.
1) Wienstein i. d. D.J.Z. 1905, S. 834; Schöny, S. 291; Richter S. 766.
2) Regelsberger, S. 173.

Zedenken eine möglichst geringe Gefahr mit dem fiduziarischen Rechtsgeschäft verbunden ist.

Hier versucht eine Ansicht zu helfen, die den Fiduziar nur nach außen als Gläubiger anerkennt, nach innen jedoch keinen Uebergang des Rechts stattfinden lassen will. Die Forderung bleibt nach dieser Anschauung für den Fiduziar im Verhältnis zum Fiduzianten eine fremde. Als Anhänger dieser nur relativ wirksamen Gläubigerschaft sind Dernburg, Kohler, und Dungs zu nennen, denen sich auch Fitting und Wendt angeschlossen haben.[3] Sie müssen jedoch an der nach § 903 BGB. absoluten Wirkung des Eigentums scheitern, denn in einem gewissen Sinne (vgl. z. B. ALR. I. 8 § 1) kann auch von einem Eigentum an einer Forderung gesprochen werden. Es ist deshalb unzulässig, daß eine Forderung zwei verschiedene Gläubiger hat, je nachdem sie einem Dritten oder dem Fiduzianten zugewendet ist. So nennt Lang eine solche Spaltung eine juristische Unmöglichkeit".[4]

Von den Anhängern der genannten Theorie wird diesem Einwand der Hinweis auf die gegen ein relatives Veräußerungsverbot verstoßende Verfügung (s. §§ 135, 136 BGB.) entgegengesetzt. Dieser Hinweis ist jedoch verfehlt. Denn bei einem relativen Veräußerungsverbot ist nicht der Erwerb relativ unwirksam, sondern die Verfügung. Die gesetzliche Möglichkeit eines nur bestimmten Personen gegenüber wirksamen Erwerbes einer Forderung ist deshalb durch die angezogenen Bestimmungen nicht dargetan.[5] So hat sich auch Jaeger von dieser Ansicht abgewendet. Während er früher behauptete, daß „der fiduziarisch übertragene Gegenstand für das Verhältnis der Parteien untereinander dem Treuhänder nicht gehört", gibt er jetzt zu, daß „eine Spaltung des Eigentums in äußeres und inneres begriffswidrig sei", (vgl. Jaeger K.O. 1902, § 43, Anm. 17 ff mit Jaeger, K.O. 1916, § 43, Anm. 40). Das Reichsgericht hat sich allerdings in mehreren Entscheidungen aus früherer Zeit für die genannte Theorie ausgesprochen.[6] Andererseits hat es sich aber auch gegen sie gewendet. So heißt es in der Entscheidung im 45. Bande, S. 80: „Es läßt sich auch nicht geltend machen, daß der Fiduziar nur Dritten gegenüber — nach außen hin — Eigentümer geworden sei. In dieser Weise läßt sich der Eigentumsbegriff nicht spalten." Diese Theorie ist also abzu-

3) Dernburg, Pandekten I, S. 236; Kohler, S. 118 u. Anm. 2; Dungs, S. 18; Fitting § 22, Nr. 35, Wendt, S. 282—83.
4) Lang, S. 344.
5) Hellmann, § 17, S. 158.
6) RG., Bd. 53, S. 460 ff; RG. in JW. 1906, S. 329, Nr. 2.

lehnen. Sie würde auch zu einem sehr unbilligen Ergebnis führen, da sie gegen den Schuldner die ganze Strenge der Forderungsübertragung hervorkehrt, und auf der anderen Seite den ursprünglichen Gläubiger in der Erhaltung seiner Rechte weitgehendst schützt.[7]

b)

Verschiedene Schriftsteller suchen nun die Gefahren, die dem Fiduzianten drohen, dadurch abzuwenden, daß sie eine Treuhänderschaft annehmen, die in ihrem Aufbau an deutschrechtliche Grundsätze erinnert. So wie der Saalmann im deutschen Recht die Verfügung über das ihm anvertraute Gut ohne weiteres dann wieder verlor, wenn er einen zweckwidrigen Gebrauch davon machte, so soll die Uebertragung unter einer — auch stillschweigend möglichen — auflösenden Bedingung stehen. Diese soll inhaltlich in der Weise bestimmt sein, daß das Erlöschen des Einziehungszwecks oder ein ihm zuwiderlaufender Gebrauch den dinglichen Rückfall der Forderung ohne weiteres zur Folge hat. Diese Theorie ist aufgestellt von Schultze. Er behandelt sie zwar nur für den Fall des Inkassoindossaments,[8] es ergibt sich aber aus seinen Schlußsätzen,[9] daß er sie auch bei der Inkassozession angewendet haben will. Ihm haben sich Luetgebrunne und Schlegelmilch angeschlossen.[10] Auch Schönn bekennt sich zu dieser Auffassung, wenn die Abtretung im Interesse des Treugebers erfolgt.[11]

Bei der Prüfung der Zulässigkeit dieser Anschauung ergibt sich zunächst, daß die Zusetzung einer Resolutivbedingung auch bei einem dinglichen Rechtsgeschäft durchaus möglich ist. Dies hat der Gesetzgeber dadurch anerkannt, daß er Ausnahmen zu diesem Grundsatz ausdrücklich, wie z. B. in § 925 BGB., hervorhebt. Es muß jedoch gegen diese Theorie eingewendet werden, daß man den Parteien nicht stillschweigend Bedingungen von solch einschneidender Wirkung unterstellen kann, selbst dann, wenn sie eine Rückgabepflicht der eingezogenen Schuldsumme nicht ausdrücklich vereinbart haben sollten. Der Wille der Parteien, der doch allein maßgebend ist, wird nur in den seltensten Fällen auf eine der Treuhändertheorie entsprechende Rechtsübertragung gerichtet sein. Vor allem werden derartige Abmachungen, die dem gewöhnlichen Kauf-

7) Schöninger, S. 179.
8) Schultze, S. 55.
9) Schultze, § 12, S. 102.
10) Luetgebrunne, S. 54; Schlegelmilch, § 5, § 7.
11) Schönn, S. 307.

mann schwieriger erscheinen, nicht stillschweigend getroffen werden. So wenden sich auch Jaeger und Plank[12] mit Recht gegen eine der Treuhändertheorie entsprechende bedingte Rechtsübertragung. Auch die Rechtssprechung des Reichsgerichts hat von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht und eine Resolutivbedingung nur dann bei ihren Entscheidungen verwendet, wenn sie von den Parteien ausdrücklich vereinbart war (vgl. RG. 55, S. 394).

c.

Von diesem Ausnahmefall abgesehen können also die Wirkungen, welche die Abtretung gemäß § 398 BGB. zeitigt, auch bei einer nur fiduziarisch gemeinten Uebertragung nicht abgeschwächt werden. Eine dingliche Gebundenheit läßt sich für den Fiduziar nicht herbeiführen, er erhält das volle und unbedingte Gläubigerrecht übertragen. Diese Ansicht wird auch von der Literatur für den Fall, daß bei einer Inkassozession wirklich eine „Abtretung" gemeint ist, am meisten vertreten.[13] Sie allein hat ein eigentliches Recht zu dem Namen einer fiduziarischen Uebertragung, da sie die Gefahren des Mißbrauchs nicht bei dem dinglichen Rechte beseitigt und auch Verfügungen des Fiduziars wirksam sein läßt, die er nicht vornehmen darf. Enneccerus nennt sie deshalb eine „wahre fiduziarische Zession",[14] um den Gegensatz zu der bloßen Einziehungsermächtigung und den anderen besprochenen Ansichten zu kennzeichnen.

2 a)

Die Zuverlässigkeit einer wirklichen fiduziarischen Abtretung wird nun von manchen Schriftstellern[15] verneint, weil die fiduziarischen Rechtsgeschäfte im geltenden Recht nicht ausdrücklich geregelt seien. Dieser Grund ist nicht stichhaltig. Das fiduziarische Rechtsgeschäft ist für eine seiner häufigsten Erscheinungsformen — für die Uebertragung und Uebereignung zur Sicherung — ausdrücklich durch das Gesetz anerkannt. § 223 Abs. 2 BGB. bestimmt, daß, „wenn ein Recht zur Sicherung eines Anspruchs übertragen ist, die Rückübertragung nicht auf Grund der Verjährung dieses Anspruches gefordert werden kann". Somit geht aus dieser Bestimmung die Zulässigkeit einer besonderen Art des fiduziarischen

12) Jaeger, § 43, Anm. 41, S. 673; Plank, § 398, Erl. 1 b, Abs. 3.
13) Goldmann Lilienthal, § 37, S. 148, Crome, Bd. I, § 76, S. 334; Plank zu § 398, Erl. 1b β, S. 553, Staudinger, Bd. I, S. 357, III. Abschn., VI B.
14) Enneccerus, § 303, S. 250.
15) Wienstein, Gruch. Beitr. 48, 486/88, Wilutzki, S. 20—21.

Rechtsgeschäfts hervor. Hieraus ist die Rechtmäßigkeit der fiduziarischen Geschäfte schlechthin zu folgern.[16]

Stammler[17] wendet sich besonders gegen die Möglichkeit fiduziarischer Forderungsabtretungen. Er folgert aus § 409 Abs. 1 BGB., daß der Schuldner „zwar das Recht habe, sich auf die fiduziarische Zession zu berufen — ebenso als wenn eine gewöhnliche Abtretung erfolgt wäre —, daß ihm aber nicht die Pflicht obliege, sich mit dem Fiduziar einzulassen." Dieser sei nämlich weder in unbeschränkter Weise sein neuer Gläubiger noch der Stellvertreter des alten Gläubigers. Schon aus diesem Satz geht hervor, daß Stammler von falschen Voraussetzungen ausgeht. Wenn die Abtretung auch nur zu einem bestimmten wirtschaftlichen Zwecke — hier zur Einziehung — erfolgt, so wird doch durch sie dem Fiduziar das unbeschränkte Gläubigerrecht übertragen. Es liegt eine in jeder Hinsicht vollwertige Zession vor. Stammlers Einwand kann daher die Zulässigkeit der fiduziarischen Forderungsabtretung nicht in Frage stellen. Schließlich ist diese auch aus der abstrakten Natur der Rechtsübertragung herzuleiten. Der Grund der Abtretung kann deshalb den Uebergang des Forderungsrechts nicht verhindern.

Die Zulässigkeit einer Vertragsart im allgemeinen genügt jedoch nicht, um aus einem ihr angehörigen Vertrage Ansprüche geltend zu machen, wenn dieser auf Grund gesetzlicher Bestimmungen als nichtig angesehen werden muß. Liegen solche Nichtigkeitsgründe vor?

Es wird zunächst zu prüfen sein, ob die fiduziarische Abtretung als ein Scheingeschäft im Sinne des § 117 Abs. 1 BGB. anzusehen ist. Da das Gesetz hier der von Savigny begründeten Willenstheorie folgt,[18] muß also der Wille der Partei einer Betrachtung unterzogen werden. Der Fiduziant bewirkt durch seine Erklärung einen Erfolg, der über den eigentlichen Zweck, den er erreichen will, hinausgeht. Daraus ist jedoch nicht zu entnehmen, daß er die Abtretung ausgeschlossen haben will.[19] Er ist vielmehr mit ihren Folgen einverstanden, trotzdem sie ihm unbequem und gefährlich sind. Der Gegensatz, der bei einer fiduziarischen Abtretung besteht, ist also nicht die Divergenz zwischen Wille und Er-

---

16) Jaeger, § 43, Anm. 39, S. 670.
17) Stammler, § 53, S. 195.
18) Savigny, im System d. heut. röm. Rechts 1840, Bd. 3, § 134. Auch die Motive (Bd. 1, S. 192) begründen hier die Nichtigkeit mit dem Grundsatz, daß „nur der wirkliche Wille rechtserzeugender Kraft hat".
19) Goldmann-Lilienthal, § 37, S. 148.
20) Vgl. Oertmann, S. 352; RGRK. § 117, Anm. 3, S. 157; RG. Warn. 1910, Nr. 98.

klärung, sondern das Mißverhältnis zwischen dem Geschäftszweck und den seiner Durchführung dienenden Mitteln.[20]

Da die Abtretung von den Parteien wirklich gewollt ist, hinter ihr also kein anderes Rechtsgeschäft verborgen sein kann, enthält auch die Ansicht, die in der Zession zur Inkasso nur ein verdecktes Vollmachtsverhältnis sieht.[21]

b.

Weiterhin ist zu prüfen, ob die fiduziarische Abtretung in den Fällen, in denen ihre Anwendung durch das Versagen der bloßen Legitimationsübertragung unbedingt erforderlich ist, auf Grund des § 138 BGB. nichtig ist. Diese Bestimmung erklärt ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, für nichtig. Maßgebend für einen solchen Verstoß ist „das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden".[22] Nicht das besonders feine Empfinden einzelner Personen darf hier als Maßstab angelegt werden, aber auch nicht die laxe Auffassung, die bei anderen besteht. Vielmehr sind der Beurteilung, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, die allgemeinen ethischen Anschauungen des Kreises zu Grunde zulegen, dem die Beteiligten angehören.[23] Außerdem ist zur Erfüllung des Tatbestandes des § 138 BGB. erforderlich, daß sich das Rechtsgeschäft „seinem Gesamtcharakter nach aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck" als ein sittenwidriges darstellt,[24] denn nicht nur aus dem objektiven Inhalt des Geschäfts, sondern auch aus subjektiven Momenten kann sich ein Verstoß gegen die guten Sitten ergeben.[25] Diese Erkenntnis ist auf Fälle vorliegender Art anzuwenden.

Es ist nicht zu verkennen, daß die prozessuale Stellung des Schuldners durch fiduziarische Abtretungen erschwert werden kann. Eine Abtretung, die allein zu dem Zwecke vorgenommen wird, um den Zedenten die Klage im Armenrecht zu ermöglichen, verstößt gegen die guten Sitten.[26] Dies ist auch dann der Fall, wenn dem Drittschuldner mit Hilfe der Abtretung Einreden, die ihm gegen den ursprünglichen Gläubiger zustehen, wie z. B. Aufrechnung, abgeschnitten werden sollen. (RG. 84, S. 208). Auch in einer Abtretung, die an eine vermögenslose Person erfolgt, um dem Schuld-

21) Schöninger, S. 196; Müller, S. 978.
22) RG., Bd. 80, S. 221; Motive II, §§ 704, 705, S. 727.
23) RG. 83, S. 114; Staudinger, § 138, S. 475.
24) RG. Bd. 80, S. 221; RG. Bd. 78, S. 263.
25) RGRK. § 138, Anm. 1, S. 204.
26) Vgl. RG. 81, S. 175; Entsch. d. RG. v. 22. 1. 1924 (Akt. Z. III 319/23).

ner im Falle seines Sieges im Prozeß den Ersatz der Kosten unmöglich zu machen, ist ein Verstoß gegen § 138 BGB. zu erblicken. Auf diesen Standpunkt hat sich auch das Reichsgericht gestellt. (s. RG. Bd. 81, S. 175). Auch bei der Zeugenschaftzession hat sich das Kammergericht (KGBl. 1902 S. 16 ff, 1908 S. 19 ff), Berolsheimer und Wienstein[27] für die Anwendung dieses Nichtigkeitsgrundes erklärt, die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat dies dagegen entschieden verneint (s. RG. in JW. 1906 auf S. 329 Nr. 2). In einer späteren Entscheidung (RG. 81, S. 160 ff.) ändert das Reichsgericht seinen Standpunkt auch dann nicht, wenn die Herbeiführung der Zeugenvernehmung alleiniger Zweck der Abtretung ist. Er erkennt zwar die Verschlechterung in der Prozeßstellung des Schuldners an, erklärt aber diese Umstände nicht für ausreichend, „die Abtretung als eine unlautere und sittenwidrige erscheinen zu lassen". So wird man sich bei der Zeugenschaftszession zu einer Anwendung des § 138 BGB. nur in ganz besonderen Fällen entschließen dürfen, etwa wenn der Beweis geführt wird, daß der Fiduziant eine unwahre Aussage bei seiner Zeugenvernehmung beabsichtigt hat.

Es fragt sich noch, ob der besondere Fall der Zeugenschaftszession gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Aus dem § 373 ff ZPO. geht hervor, daß nur dritte Personen, nicht aber die Parteien zeugnisfähig sein können, es also den Parteien verboten ist, gleichzeitig als Zeugen aufzutreten. Da der Gläubiger aber durch die Uebertragung der Forderung die Parteieigenschaft verliert, kann ein Verstoß gegen die angeführten Vorschriften nicht in Frage kommen. So entscheidet auch das Reichsgericht in diesem Falle (RG. 81, S. 160 ff). Unter § 134 BGB. fallen nun auch die Rechtsgeschäfte, welche einen unzulässigen Erfolg durch eine Umgehung des Verbotsgesetzes erreichen wollen.[28] Ein solcher „rechtgeschäftlicher Schleichweg", ein „agere in fraudem legis",[29] ist dann gegeben, wenn das Gesetz durch einen positiven Rechtssatz ein bestimmtes Rechtsgeschäft für unwirksam erklärt, und die Parteien seinen wirtschaftlichen Erfolg durch ein anderes, mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht in Widerspruch tretendes Geschäft zu erreichen suchen. Eine Umgehung von Gesetzesvorschriften liegt aber bei der Zeugenschaftszession nicht vor, denn die Zeugenvernehmung eines Zedenten wird durch das Gesetz ausdrücklich gestattet. Dies

27) Wienstein in Gruch. Beitr., Bd. 46, S. 249; Berolsheimer S. 28.
28) RGRK. § 134, 1 S. 196.
29) vgl. Digestenstelle de legibus I, 3, l. 29.

ergibt sich aus § 393 Abs. 1, Nr. 4 ZPO, der bestimmt, daß Personen, welche einen in dem Rechtsstreit geltend gemachten Anspruch übertragen haben, auch dann, wenn sie zur Gewährleistung nicht verpflichtet sind, unbeeidet zu vernehmen sind. Diese Vorschrift hätte keinen Sinn, wenn die Zeugnisfähigkeit eines Zedenten ausgeschlossen wäre.

Andere Nichtigkeitsgründe können für die oben geschilderten Fälle der Inkassozessionen im allgemeinen nicht in Betracht kommen. Das Reichsgericht hat noch eine Abmachung, welche dem Inkassozessionar die Einziehung aller gegenwärtigen und künftigen Außenstände des Abtretenden überträgt, wegen ihrer Unbestimmtheit für unwirksam erklärt.[30] Es ist unmöglich, daß eine Person Forderungen, deren Entstehung noch im Ungewissen liegt, bereits abtreten kann.

Es ist jetzt festgestellt, daß die fiduziarische wirkliche Forderungsübertragung von den genannten fiduziarischen Theorien die allein zulässige ist und auch dann verwendet werden kann, wenn mit dem Rechtsgeschäft Zwecke verfolgt werden, die mit Hilfe einer bloßen Legitimationsübertragung nicht zu erreichen sind. Die Zwecke, die der Einziehungsabtretung zu Grunde liegen, dürfen nur nicht gegen die guten Sitten verstoßen.

III.

Die Besonderheiten des fiduziarischen Rechtsgebildes im Konkurse.

1. a)

Muß von der wahren fiduziarischen Zession Gebrauch gemacht werden, so ist die Rechtslage, die in dem Verhältnis zwischen Fiduziar und Fiduziant im Falle eines Konkurses einer dieser beiden Parteien eintritt, von besonderer Wichtigkeit.

Bei der Entscheidung der Frage ob im Sinne des § 1 KO. ein Vermögensgegenstand dem Gemeinschuldner „gehört", wird man nicht dem formalen Recht desselben an diesem Gegenstande maßgebende Bedeutung beilegen können. Im Grunde ist der Fiduziant Forderungsinhaber geblieben. Es kann daher die herrschende Meinung nur gebilligt werden, die bei einem Konkurse des Fiduziars zu einem Aussonderungsrechte des Fiduzianten gelangt.[1] Die Geg-

---

30) s. Staub, § 368, S. 704.

1) Jaeger, § 43, Anm. 38, S. 671, Mentzel, § 1, Anm. 5, S. 15, Kohler, S. 117 bis 118; Wendt S. 403.

ner dieser Ansicht[2] übersehen den krassen Widerspruch, in dem ihr formeller Rechtsstandpunkt zu den tatsächlichen Verhältnissen steht.

b)

Umgekehrt ist auch bei einem Konkurse des Fiduzianten dem Konkursverwalter das Recht zu geben, die abgetretene Forderung zur Konkursmasse zu ziehen. Der Fiduziar ist trotz der Abtretung nicht befugt, über die Forderung zu eigenem Nutzen zu verfügen. Deshalb gehört sie ihm zwar rechtlich, aber nicht materiell und wirtschaftlich.[3] Den Nutzen aus dem Recht zieht trotz der Uebertragung der ursprüngliche Gläubiger. Die Forderung ist also in wirtschaftlicher Hinsicht noch als Vermögensbestandteil eines im Konkurse befindlichen Fiduzianten anzusehen, und man wird ihr die Zugehörigkeit zur Konkursmasse nicht absprechen dürfen. Diese Anschauung fußt nicht etwa auf der oben abgelehnten Theorie der relativen Rechtsübertragung oder auf dem Boden einer bloßen Einziehungsermächtigung, denn sie beweist die Zugehörigkeit der Forderung zur Konkursmasse des Fiduzianten nicht mit rechtlichen, sondern nur mit wirtschaftlichen Gründen. Schließlich kann man auch sagen, daß diese Ansicht durch die dauernde Rechtsprechung, die in Bezug auf den umgekehrten Fall eines Aussonderungsrechtes im Konkurse des Fiduziars ergangen ist, ihre gewohnheitsrechtliche Anerkennung gefunden hat.[4]

2. a)

Da der Fiduziar bei der wahren fiduziarischen Zession nicht dinglich beschränkt ist, kann er nur obligatorisch in seiner Gläubigerstellung gebunden sein. Aus der abstrakten Abtretung, die Goltz das positiv dinglich wirkende Außengeschäft nennt,[5] sind diese Verpflichtungen nicht zu erkennen. Die Parteien treffen jedoch noch weitere Vereinbarungen, denn der Fiduziant weist den Fiduziar an, die Forderung beizutreiben und zu diesem Zweck — falls es notwendig wird — zu klagen. Es ist zunächst erforderlich, diese Vereinbarung zwischen den Parteien rechtlich zu erfassen und — wenn möglich — einem Vertragstypus des bürgerlichen Rechts einzuordnen. Wird für den Einzug der Forderung keine Vergütung

2) Hellmann § 17, S. 158/59; Schönn S. 338 ff; Wienstein in Gruch. Beitr. 46, 241 ff. Dreyer S .458/59; Goltz S. 85 ff.
3) RG. Bd. 45, S. 80; Bd. 91 S. 15; Bd. 91 S. 279; RG. in JW. 1910 29, 53. Lang S. 336—351.
4) Jaeger § 43, Anm. 40, S. 673.
5) Goltz, S. 12.

gewährt, so ist ein Auftragsverhältnis im Sinne der §§ 662 ff BGB. als vorliegend zu erachten. Schwieriger wird die Lösung der Frage, wenn der Einziehende ein Entgelt für seine Tätigkeit erhält.

Es fragt sich, ob dann ein Werkvertrag gem. § 631 BGB. zu Stande kommt. Gegenstand eines solchen Vertrages kann nach Absatz 2 dieses Paragraphen sowohl die Herstellung einer Sache als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein. Der Werkvertrag verlangt also von dem Unternehmer die Verpflichtung zu einem bestimmten Arbeitsergebnis und begnügt sich nicht mit dem Versprechen der bloßen Tätigkeit. Der Leistungserfolg, der in vorliegendem Falle herbeigeführt werden soll, ist der Einzug der Forderung, in den meisten Fällen also der Gewinn eines Prozesses. Wird der Einziehende hierfür einstehen wollen?

Den Erfolg einer Tätigkeit wird man am ehesten dann versprechen, wenn er nur von der eigenen Person und ihren Fähigkeiten abhängig ist. Der Gewinn des Rechtsstreits hängt jedoch keinesfalls nur von der Prozeßführung des einziehenden Dritten oder seines Anwalts ab, sondern auch von der Prozeßführung des Gegners, von der rechtlichen Haltbarkeit des Klageanspruchs und schließlich von dem freien Ermessen des Richters (s. § 286 ZPO.) In einem solchen Falle kann eine Verpflichtung zur Herbeiführung eines obsiegenden Urteils höchstens dann übernommen werden, wenn dieses auf Grund der zur Verfügung stehenden Beweismittel wahrscheinlich ist. Ein Gläubiger, der einen sicheren Anspruch in Händen hat und dessen Klage unbedingt zu einer Verurteilung des Gegners führen muß, wird es nicht nötig haben, zur Führung des Rechtsstreits das Forderungsrecht einem Dritten zu übertragen. Einen solchen umständlichen Weg wird nur der einschlagen, der seine Ansprüche schwer beweisen kann und ein günstiges Urteil für fraglich hält. So ist zum Beispiel bei einer sogenannten „Zeugenschaftszession" das Beweismittel, das der Eintreibende verwenden soll, die Zeugenaussage des ursprünglichen Gläubigers. Dies kann die Zuversicht des Dritten, den Prozeß zu gewinnen, nicht viel erhöhen. § 393 ZPO. stellt nämlich den Grundsatz auf, daß Personen, die einen in dem Rechtsstreit geltend gemachten Anspruch übertragen haben, unbeeidet zu vernehmen sind. Es stellt durch seinen Absatz 2 die Anordnung der Beeidigung in das freie Ermessen des Richters. Dieser wird den Wert der Zeugenaussage nicht durch eine Beeidigung vermehren, wenn er die Abtretung als eine nur fiduziarische erkannt hat. Aus dem Vorgehen eines Zeugenschaftszedenten ist

im übrigen zu entnehmen, daß er andere wertvollere Beweismittel als seine Zeugenschaft dem Eintreibenden nicht zur Verfügung stellen kann. Der Rechtsstreit, den der Dritte führt, wird also auf schwachen Füßen stehen. Aehnlich ist die Lage des Ermächtigten in den übrigen erlaubten Fällen der Inkassozession. Aus diesen Gründen wird der Dritte den Erfolg seiner Bemühungen nicht versprechen.

Es sind nun zwar auch Fälle denkbar, in denen ein auf einen sicheren Anspruch gestützter Gläubiger einem anderen die Eintreibung der Forderung überläßt. Dann wird der Gläubiger die Einziehung nicht selbst vornehmen, weil er entweder Zweifel an der Zahlungsfähigkeit oder an dem Leistungswillen seines Schuldners hat. Dem Gläubiger wird hier nicht nur an dem Prozeßgewinn, sondern vor allem an dem wirklichen Erhalt des Geldes gelegen sein. Auch hier ist dem Eintreibenden nicht zuzumuten, für den Enderfolg seiner Bemühungen einzustehen.

Nur in den Fällen, in denen der Gläubiger eine begründete Forderung gegen einen zahlungsfähigen und zahlungswilligen Schuldner überträgt, weil er aus persönlichen Gründen nicht selbst gegen ihn vorgehen will, wird es dem Eintreibenden möglich sein, das Risiko eines Werkvertrages auf sich zu nehmen. Nur selten wird jedoch der Dritte schon bei der Uebernahme des Mandats von der rechtlichen Haltbarkeit und Eintreibbarkeit der Forderung überzeugt sein können. Die Erfahrung lehrt, daß sich erst im Laufe der Verhandlungen mit dem Schuldner oder während des Rechtsstreits die Schwächen des übertragenen Rechts herausstellen. Der Wille des Dritten wird also auch hier, um jede Gefahr auszuschließen, einen Werkvertrag trotz dessen Möglichkeit zumeist vermeiden.

Ein Werkvertrag wäre selbst dann nicht gegeben, wenn die Parteien vereinbaren würden, daß die Vergütung nur im Falle eines obsiegenden Urteils oder erst nach Empfang des eingezogenen Geldes gewährt wird.[6]

So wird in den häufigsten Fällen der Inkassozession der Einziehende nur eine Verpflichtung zur Tätigkeit selbst übernommen und demgemäß einen Dienstvertrag gemäß § 611 BGB. mit dem ursprünglichen Gläubiger abgeschlossen haben.[7] Im bürgerlichen Gesetzbuch sind nun eine Reihe von Dienstverträgen durch den

---

6) Warn. § 611, S. 1006.

7) Werkvertrag nimmt ganz allgemein Kiel OLGR. Bd. 20, S. 154 und Vertrag eigener Art das KG. in OLGR. Bd. 20, S. 155 an.

§ 675 von den gewöhnlichen des § 611 abgesondert. Es ist zu prüfen, ob der Dienstvertrag der vorliegenden Art in diese besondere Gattung eingereiht werden kann. § 675 BGB. bestimmt, daß auf einen Dienstvertrag, der „eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat“, fast sämtliche Vorschriften über den Auftrag entsprechende Anwendung finden.

Ueber den Begriff der Geschäftsbesorgung herrscht nun in der Literatur keine Einigkeit. Es lassen sich aus der großen Zahl der Schriftsteller, die sich mit dieser Frage befassen, drei Gruppen bilden, deren Ansichten Bedeutung beigemessen werden kann. Zunächst wollen Goldmann-Lilienthal und Dernburg[8] den § 675 BGB. auf die Dienst- und Werkverträge auftragsähnlicher Art beschränken, weil diese Vorschrift unter den Bestimmungen des Auftrags aufgeführt ist. Staub und Enneccerus[9] sagen, daß es sich bei der Geschäftsbesorgung nur um die Vornahme eines Rechtsgeschäftes oder einer sonstigen Rechtshandlung handeln kann. Ueber diese beiden Gruppen geht die Ansicht der Schriftsteller[10] hinaus, die unter der Geschäftsbesorgung die selbständige Erledigung eines der wirtschaftlichen Interessenphäre eines anderen angehörigen Geschäftes verstehen, welches auch tatsächliche Verrichtungen umfassen kann. Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Sie wird am besten den wirtschaftlichen Verhältnissen gerecht und paßt sich auch der Bedeutung an, die dem Worte „Geschäft“ im Sprachgebrauch gegeben wird. Auch bei dieser Ansicht besteht noch ein Unterschied zu den gewöhnlichen Dienstverträgen, da sie bloße unselbständige Hilfeleistungen nicht als Geschäftsbesorgung betrachtet.

Der Einziehende übt nun durch die Führung des Rechtsstreits oder sein sonstiges Handeln eine Tätigkeit aus, die an und für sich der Sorge des ursprünglichen Gläubigers obliegen würde und in dessen Interessenbereich fällt. Seine Tätigkeit fordert eine selbständige Betätigung seines Willens und seiner Ueberlegung und erstreckt sich nur auf rechtlich bedeutsame Handlungen. Sie fällt daher der gefundenen Begriffsbestimmung zufolge unter die Vorschrift des § 675 BGB. Die oben dargelegte Definition will nämlich Rechtsgeschäfte und rechtlich bedeutende Handlungen nicht ausschließen, sondern den Bereich des § 675 BGB. nur über diese hinaus vergrößern. Auch das Reichsgericht hat die Einziehung einer For-

---

8) Goldmann-Lilienthal Bd. 1, S. 701³, Dernburg Bd. 2, 2 S. 445, IV.
9) Staub II, 1, S. 316 ff; Enneccerus I, 2, § 384, S. 496.
10) Jaeger, § 22, Anm. 10, S. 365; RGRK., vor § 662, Anm. 2, S. 869; Staudinger, § 675 S. 1200—1202, Cosack, I, S. 593.

derung für einen anderen als Geschäftsbesorgung im Sinne dieses Paragraphen aufgefaßt. (Vgl. RG. in JW. 1906 S. 109.)

b)

Somit ist die rechtliche Natur der weiteren Vereinbarung zwischen den Parteien als Auftrag oder als ein auf eine Geschäftsbesorgung gerichteter Dienstvertrag festgestellt worden. Es lassen sich nun auch die Beschränkungen, denen das dingliche Außengeschäft unterliegt, erkennen.

Während die Uebertragung des bloßen Klagerechtes nämlich schon an sich die Grenzen der Macht des Einziehenden zeigt, läßt das Außengeschäft der fiduziarischen Abtretung nicht darauf schließen, daß im Grunde eine starke Verschiedenheit zu der gewöhnlichen Abtretung nach § 398 BGB. vorliegt, und daß der Fiduziar an Pflichten gebunden ist. Hier kann nur die Innenseite — der Auftrag oder der Dienstvertrag — helfen.

Ausdrücklich sind die Beschränkungen auch in diesen Verträgen nicht angegeben, denn sie verpflichteten den einziehenden Dritten nur zur Führung des Rechtsstreits. Es werden ihm aber nur die Befugnisse zugebilligt werden können, die zu einer wirklichen Vertretung der Interessen des ursprünglichen Forderungsinhabers unbedingt erforderlich sind. Man wird erkennen, daß der Eintreibende zu mindestens alle die Prozeßhandlungen vornehmen darf, die schon in das Tätigkeitsfeld eines bloßen Bevollmächtigten als Träger f r e m d e n Rechts fallen. Gemäß § 81 ZPO. ermächtigt die Prozeßvollmacht zu allen den Rechtsstreit betreffenden oder durch Widerklage, Wiederaufnahme des Verfahrens und Zwangsvollstreckung veranlaßten Prozeßhandlungen. Außerdem zum Vergleich, Verzicht und Anerkenntnis. Handelt der Einklagende in diesem Rahmen, der ja erheblich über die Befugnisse einer Person, der nur das bloße Klagerecht übertragen ist, hinausgeht, so ist ihm die Berechtigung zu seinem Tun nicht abzusprechen. Er darf aber auch hier nicht solche Handlungen vornehmen, die eine durch die Prozeßlage nicht gerechtfertigte Verschlechterung des Gläubigers bedeuten.

Die durch § 81 ZPO. einem Prozeßbevollmächtigten eingeräumte Befugnis geht nun nicht so weit, daß sie auch zur Empfangnahme des Streitgegenstandes berechtigt (s. RG. 54, 276). Hieraus ist jedoch nicht die Folgerung zu ziehen, daß auch dem Fiduziar die Entgegennahme der Streitsumme verwehrt ist. Er klagt aus eigenem Recht, und das den Rechtsstreit beendende Urteil lautet auf seinen Namen. Sollte er die Streitsumme nicht einziehen dürfen, so würde eine Rückübertragung des ausgeklagten Anspruchs, zu mindestens

eine Umschreibung der Vollstreckungsklausel erforderlich sein. Diese Umschreibung bedarf gemäß § 727 besonderer Form und verursacht Kosten. Ein solch umständlicher Weg wird nicht im Sinne der Parteien liegen. Wenn der ursprüngliche Gläubiger dem Dritten ein so großes Vertrauen entgegenbringt, daß er ihm das Gläubigerrecht überträgt, so will er ihm auch — selbst wenn er dies vorher nicht ausdrücklich sagt — die Empfangnahme des ausgeklagten Geldes anvertrauen.

Eine größere Macht wird man dem Fiduziar nicht zusprechen dürfen. Er soll ja das ihm übertragene Recht nur soweit gebrauchen, als es zur Einziehung erforderlich ist. Zwar kann der Dritte auch jede über den Abtretungszweck hinausgehende Verfügung ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder Unkenntnis des Dritterwerbers wirksam treffen,[11] er darf sie jedoch durch den Innenvertrag nicht vornehmen. Er darf auch die Forderung nur solange behalten, als es die Einklagung oder Einbeziehung verlangt. Es trifft ihn daher nach dem Einzug des Geldes die Verpflichtung, den Betrag an den ursprünglichen Gläubiger abzuliefern. Hierfür ist auch eine gesetzliche Bestimmung gegeben. § 677 BGB. bestimmt, daß der Beauftragte zur Herausgabe des aus dem Auftrag Erlangten verpflichtet ist. Gemäß § 675 BGB. findet § 677 BGB. auch für Geschäftsbesorgungsverträge Anwendung.

Die weiteren Vereinbarungen zwischen den Parteien zeigen somit, daß der Fiduziar in seiner Macht in Wirklichkeit in ähnlicher Weise beschränkt ist wie der Legitimierte. Aus diesen Gründen nennt Goltz[12] den Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag das „negativ obligatorische Innengeschäft" der fiduziarischen Abtretung.

Aus dem inneren Verhältnis der Parteien ergibt sich auch die wichtige Folge, daß Urteile in dem Prozeß des Abtretenden oder des Zessionars gegen den Drittschuldner unter den Beteiligten Rechtskraft schaffen.[13] Dem Drittschuldner ist die Einrede der Arglist zuzubilligen, wenn der Zessionar ein von ihm erstrittenes Urteil gegen den Drittschuldner geltend machen will, während dem Abtretenden selbst die Forderung später rechtskräftig aberkannt ist.[14] Dies folgt schon daraus, daß es sich im Grunde um ein und denselben Gläubiger handelt.

Es fragt sich noch, ob der Innenvertrag, den die Parteien schließen, stets widerruflich ist. Zunächst ist aus der besonderen Art des

11) Planck § 398, Erl. 1, b, A, S. 551.
12) Goltz, S. 12.
13) s. RG. 52, S. 387.
14) s. RG. Bd. 250, S. 219; vgl. dagegen D.J.Z. 03 S. 210.

fiduziarischen Geschäfts zu folgern, daß der Widerruf, der ja bei einem Auftrag gesetzlich gegeben ist (s. § 671 BGB.), nicht dadurch unmöglich sein kann, daß die Parteien in einem bestimmten Falle einen auf eine Geschäftsbesorgung gerichteten Dienstvertrag abgeschlossen haben (vgl. § 627 Abs. 1 BGB.).[15] Ist die Abtretung lediglich im Interesse des Abtretenden erfolgt, so kann dieser stets widerrufen. Es liegt kein Grund vor, hier die Lage des Fiduzianten durch ein Verbot des Widerrufs noch weiter zu erschweren. Wird aber die Abtretung auch im Interesse des Fiduziars vorgenommen, so kann dem Abtretenden nicht das Recht zugestanden werden, die geschlossene Vereinbarung einfach durch Widerruf aufzuheben. Ein solcher Fall ist zum Beispiel gegeben, wenn der Einziehende die eingezogene Summe auf seine eigene Forderung verrechnen soll. (Vgl. RG. 53, 419.) Bei Einklagung gegen Vergütung wird der Fiduziar den Widerruf von dem Ersatz seiner bisherigen Auslagen und von einer angemessenen Entschädigung für seine Mühewaltung abhängig machen[16] dürfen.

Ist der Widerruf möglich, so hat er die Verpflichtung des Fiduziars zur Folge, die Forderung zurückzuübertragen. Hierzu ist er aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 BGB.) verpflichtet. Die Forderung fällt also nicht von selbst an den Fiduzianten zurück, da ja durch den Widerruf nur das Innengeschäft, nicht aber die Abtretung selbst aufgehoben worden ist. Einer Rückübertragung bedarf es natürlich dann nicht, wenn der Widerruf ausdrücklich von den Parteien als auflösende Bedingung der Abtretung gesetzt war (§ 158 Abs. 2 BGB.).

c.

Der Konkurs, den man als den Prüfstein aller Rechtsgebilde bezeichnen kann, übt auch auf die Innenseite der fiduziarischen Abtretung eine besondere Wirkung aus. Der Konkurs des Eintreibenden hat zwar auf den Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag keinen Einfluß, der Dritte bleibt auch weiterhin im Rahmen dieser Verträge zu seiner Tätigkeit verpflichtet. Anders ist die Rechtslage aber im Konkurse des ursprünglichen Gläubigers. Gemäß § 23 KO. erlischt ein Dienstvertrag, der auf eine Geschäftsbesorgung für den Gemeinschuldner gerichtet ist, durch die Eröffnung des Verfahrens, wenn er sich auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen bezieht. Die Zugehörigkeit der nur fiduziarisch abgetretenen Forderung zur Konkursmasse ist bereits oben dargelegt.[17] Es müssen also die Be-

15) s. RG. Bd. 39, S. 166.
16) vgl. RG. 53, S. 419; RG. in IW. 1920, S. 158[7].
14) s. S. 20, 21 dieser Arbeit.

stimmungen des § 23 KO. auf den Innenvertrag angewendet werden. § 23 KO. läßt jedoch von der Regel des Erlöschens Ausnahmen zu. Dies ergibt sich aus seinem zweiten Satz, der besagt, daß die Vorschriften der §§ 674 und 672 Satz 2 BGB. entsprechende Anwendung finden. Gemäß § 674 in Verbindung mit § 675 BGB. gilt zunächst der Geschäftsbesorgungsvertrag trotz der Konkurseröffnung zu Gunsten des Geschäftsbesorgers solange als fortbestehend, bis dieser vom Konkurse Kenntnis erhält oder die Konkurseröffnung kennen muß.

Die Frage nach der Kenntnis oder Unkenntnis des Eintreibenden verliert jedoch ihre Bedeutung, wenn der Innenvertrag auf Grund der zweiten Ausnahme, die § 23 KO. zuläßt, weiterbesteht. Um diese zu finden, muß § 672 Satz 2 BGB., der gemäß § 675 BGB. auch für unentgeltliche Geschäfts-Besorgungsverträge gilt, entsprechend angewendet werden. Es ergibt sich, daß der Eintreibende die Besorgung des ihm übertragenen Geschäftes trotz der Konkurseröffnung — „wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist" — solange fortzusetzen hat, bis der Konkursverwalter anderweitig Fürsorge treffen kann. Insoweit gilt der Geschäftsbesorgungsvertrag oder Auftrag als fortbestehend. Hat der Dritte den Rechtsstreit noch nicht eingeleitet, so wird diese Ausnahme im allgemeinen nicht durchgreifen, da dann der Konkursverwalter ohne Gefahr für die Sache gegen den Schuldner selbst vorgehen und sogar den Gemeinschuldner als Zeugen benennen kann.[18]

Anders gestaltet sich die Rechtslage, wenn der Prozeß bereits von dem Dritten angestrengt worden ist. Eine Unterbrechung des Verfahrens infolge des Konkurses tritt nach § 240 ZPO. nur in den die Konkursmasse betreffenden Prozessen ein, in welchen der Gemeinschuldner selbst Partei ist. Der Dritte klagt jedoch aus eigenem Gläubigerrecht, daher bleibt der Rechtsstreit vom Konkurse unberührt. Unterläßt der Fiduziar (bezw. sein Anwalt) die weitere Tätigkeit, so würde die klagende Partei in dem fortlaufenden Rechtsstreit unvertreten sein. Es besteht dann die Möglichkeit, daß in einem Termin zur mündlichen Verhandlung die Klage gemäß § 330 ZPO. abgewiesen wird oder daß das Nichteinreichen oder Nichtbeantworten von Schriftsätzen eine Verschlechterung der Prozeßstellung zur Folge hat. Wenn der Eintreibende nicht verpflichtet ist, seine Tätigkeit fortzuführen, so muß der Konkursverwalter diese Nachteile tragen, ohne einen Ersatz des hieraus entstehenden Schadens von dem Dritten verlangen zu können.

18) s. Baumbach ZPO. 1926 zu § 393.

Somit ist mit dem Aufschube der Tätigkeit in diesem Falle eine erhebliche Gefahr verbunden. Der Konkursverwalter ist nicht eher im Stande, anderweitig Fürsorge zu treffen, bis ihm die eingeklagte Forderung von dem Fiduziar wieder übertragen ist. Der Geschäftsbesorgungsvertrag besteht also auf Grund des § 672 Satz 2 BGB. in Verbindung mit § 23 KO. weiter fort. Dies ist auch die Meinung des Reichsgerichts. Es erklärt (im 53. Bande S. 330) einen Auftrag zur Klageführung im eigenen Namen trotz der Konkurseröffnung über das Vermögen des Auftraggebers aus dem gleichen Grunde für fortbestehend. Liegt nun der Fall des § 672 Satz 2 BGB. vor, so kann hieran der Umstand, daß der Fiduziar seine Tätigkeit in Unkenntnis des Konkurses ausgeübt hat, nichts ändern.[19] Es kann aus dieser Unkenntnis nicht etwa das Fortbestehen auf Grund des § 674 BGB. gefolgert werden, denn nur wenn keine Gefahr mit dem Aufschube der Tätigkeit verbunden ist, will § 674 BGB. die trotzdem weitergeführte Tätigkeit zu Gunsten des von der Konkurseröffnung nicht in Kenntnis gesetzten Geschäftsbesorgers oder Beauftragten gelten lassen.

Es fragt sich noch, ob die zweite Ausnahme von der Regel des § 23 KO. auch dann Platz greift, wenn der Rechtsstreit durch Urteil oder Vergleich günstig und rechtskräftig abgeschlossen ist und sich die Tätigkeit des Dritten nur noch auf den Einzug der Streitsumme beschränkt. Ist auch mit dem Aufschube dieser Tätigkeit Gefahr verbunden?

Der vollstreckbare Titel, den der Dritte erlangt hat, verjährt zwar erst in dreißig Jahren. Es wird nun dem Konkursverwalter daran gelegen sein, den durch den Prozeß zugesprochenen Betrag möglichst schnell der Masse zufließen zu lassen. Dadurch kann er eine Beschleunigung des Konkursverfahrens erreichen. Dies würde jedoch zum Nachweise einer Gefahr im Sinne des § 672 Satz 2 BGB. nicht genügen. Eine solche liegt aber häufig darin, daß sich auch der Schuldner in schlechten Vermögensverhältnissen befindet. Bei einer Verzögerung der Zwangsvollstreckung besteht dann die Möglichkeit, daß sich andere Gläubiger der pfändbaren Vermögensstücke bemächtigen oder daß der Schuldner selbst in Konkurs gerät.

Ein vermögender Schuldner wird es oft nicht zur Vollstreckung kommen lassen, sondern von selbst die Zahlung des ausgeklagten Betrages tatsächlich anbieten. Wenn der Eintreibende dann diese nicht in Empfang nimmt, so kommt er gemäß § 293 BGB. in Ver-

---

19) Jaeger, § 27 ,Anm. 1, S. 422.

zug. Gemäß § 300 Abs. 1 BGB. wird die Haftung des Schuldners vermindert, gemäß § 300 Absatz 2 BGB. geht — da die geschuldete Geldsumme eine Gattungssache darstellt — auf den Fiduziar die Gefahr über, und gemäß § 372 BGB. kann sich der Schuldner durch Hinterlegung des Betrages befreien, deren Kosten dem Gläubiger zufallen. Die hier entstehenden Nachteile muß die Konkursmasse gegen sich gelten lassen, wenn der Eintreibende zur Fortsetzung seiner Tätigkeit nicht mehr verpflichtet ist. Es können gegen den Dritten keine Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden. Somit ist selbst mit dem Aufschube der geringen Tätigkeit, die noch nach Beendigung des Rechtsstreits zu leisten ist, eine erhebliche Gefahr für die Konkursmasse verbunden.

Der Konkursverwalter ist auch nicht imstande, anderweitig Fürsorge zu treffen. Der Dritte ist Gläubiger der Forderung. Ihr Einzug durch den Konkursverwalter ist solange unmöglich, als der Fiduziar das Gläubigerrecht besitzt. Erst wenn dieser den Anspruch übertragen hat, kann der Verwalter mit dem Schuldner in Verbindung treten. Somit werden die Bedingungen, die gemäß § 23 KO. in Verbindung mit § 672 Satz 2 BGB. für ein Fortbestehen des Vertrages erfüllt sein müssen, auch zumeist dann gegeben sein, wenn die Forderung bereits ausgeklagt ist und nur noch ihre Einziehung dem Fiduziar obliegt.

Die Ausnahmen von der Regel des § 23 KO. können noch besondere Bedeutung erlangen, wenn der Eintreibende für seine Tätigkeit eine Vergütung erhält, also ein auf eine Geschäftsbesorgung gerichteter Dienstvertrag vorliegt. Der Dritte wird dann versuchen, nach Beendigung seiner Einziehungstätigkeit mit seiner Vergütungsforderung gegen die Forderung des Konkursverwalters auf Herausgabe des erlangten Betrages aufzurechnen, um sich nicht mit der bloßen Konkursquote begnügen zu brauchen.

Falls er die Forderung von dem Schuldner erst nach der Konkurseröffnung eingezogen hat, ist auch der Anspruch des Konkursverwalters erst nach der Konkurseröffnung entstanden (vgl. RG. 53, 330). Andererseits ist gemäß § 611 BGB. die Vergütungsforderung bereits vor der Konkurseröffnung entstanden. Damit wäre der Fall des § 55 Ziff. 1 KO. gegeben und eine Aufrechnung ausgeschlossen. Führt nun der Geschäftsbesorger seine Tätigkeit auch nach der Konkurseröffnung auf Grund des § 672 Satz 2 BGB., 23 KO. fort, so wird er gemäß § 59 Nr. 2 KO. für den Teil der Vergütung, der ihm für die nach Konkursbeginn ausgeführte Tätigkeit zuzusprechen ist, Massegläubiger. Eine Aufrechnung zwischen

Masseschulden einerseits und Masseforderungen andererseits ist nun zulässig. Daher kann der Geschäftsbesorger in einem solchen Falle zumindestens einen Teil seiner Vergütungsforderung in voller Höhe erhalten.

Somit ist festgestellt, wie wichtig es sein kann, auf Grund welcher der beiden Ausnahmen des § 23 KO. der Innenvertrag als fortbestehend gilt. Die Prüfung dieser Frage hat nicht nur formal-juristische Bedeutung, sondern kann in bestimmtem Falle auch von großem praktischen Werte sein.

C.

Ergebnis:

Für die Rechtsnatur der Forderungsabtretung zum Einzug sind nach den obigen Darlegungen zwei Möglichkeiten gefunden. Sie kann entweder eine bloße Uebertragung des Klagerechts bedeuten oder eine fiduziarische Zession darstellen. Die erste Art, die die wenigsten Gefahren für den Gläubiger mit sich bringt, ist nur in seltenen Fällen zulässig. Häufiger wird daher bei der Auslegung einer Inkassozession auf ein fiduziarisches Recht zurückgegriffen werden müssen. Dieses stellt eine wirkliche Abtretung im Sinne des § 398 BGB. dar. Die übrigen Theorien, welche die Literatur hier aufgestellt hat, sind abzulehnen. Aber auch die fiduziarische Uebertragung, die eine wirkliche Abtretung enthält, kann durch die Zwecke, welche mit ihr verfolgt werden, nichtig sein.

Im übrigen ist bei ihr eine Außen- und eine Innenseite zu unterscheiden. Während die erstere nicht erkennen läßt, daß dem Fiduziar die Forderung nur zum Einzug überlassen ist, gehen aus der letzteren die Beschränkungen des dinglichen Rechts hervor. Aus ihr ergeben sich auch die Rechtsfolgen, die im Falle eines Konkurses einer der beiden Parteien eintreten.

Lebenslauf.

Am 22. November 1904 wurde ich als Sohn des Kaufmanns J. Lachotzki und seiner Ehefrau Gertrud Lachotzki, geb. Wilde, zu Beeskow in der Mark geboren. Von Ostern 1911 bis Ostern 1915 besuchte ich das Realgymnasium am Zwinger in Breslau, sodann bis Ostern 1918 die Oberrealschule in Saarow. Darauf bezog ich das Realgymnasium in Frankfurt a. O., wo ich Ostern 1924 die Reifeprüfung bestand. Sodann studierte ich zwei Semester in Breslau, ein Semester in Freiburg und drei weitere Semester in Breslau Rechts- und Staatswissenschaften.

Am 18. und 19. November 1927 bestand ich am Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung und am 27. Februar 1928 an der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau das Rigorosum. Meine Ernennung zum Gerichtsreferendar im Bezirke des Oberlandesgerichts Stettin erfolgte am 12. Dezember 1927. Zur Zeit bin ich im Vorbereitungsdienst bei dem Landgericht in Stettin.